



10 / 2021

Révision de la loi sur les cartels: aux yeux de l'économie, il reste beaucoup à faire

14.09.2021

L'essentiel en bref

Après l'échec devant le Parlement de la révision de la loi sur les cartels en 2014, la Confédération entend désormais limiter étroitement les modifications envisagées, à savoir se concentrer uniquement sur quelques aspects à peine contestés.

L'économie, quant à elle, souhaite que l'on fasse preuve de plus de courage en matière de changements.

Dans la perspective de la révision qui s'annonce, economie suisse a débattu avec un groupe de travail interbranche des points à revoir selon le Conseil fédéral et élaboré d'importantes propositions d'amélioration. L'exercice a été mené dans un état d'esprit constructif et critique à la fois. L'économie aspire à une révision dépassant les intentions du Conseil fédéral. Les points à réviser définis en 2014 peuvent servir de fondements à la réflexion actuellement menée. Ils représentent en effet une bonne base sur laquelle ancrer une modernisation de la loi sur les cartels. Malgré les débats politiques intenses qui ont pu avoir lieu sur certains points du dernier projet de révision, cela ne saurait justifier l'abandon de toute tentative de changements majeurs et nécessaires.

Contact et questions

Arnaud Midez

Responsable de projets Concurrence et réglementation

Erich Herzog

Membre de la direction, responsable Concurrence et réglementation

www.dossierpolitik.ch

Position d'economiesuisse

- Les milieux économiques souhaitent que la Confédération et le monde politique abordent avec courage la révision imminente de la loi sur les cartels. À cet égard, les éléments à remanier proposés jusqu'ici par l'administration ne satisfont pas les attentes de l'économie.
- Une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence doit prendre en compte le souhait lié à une séparation des compétences en matière d'instruction et de celles en matière de décision.
- Un renforcement de la procédure d'opposition est propre à améliorer considérablement la sécurité juridique et à réduire les risques de placement pour les entreprises.

- L'introduction d'une «compliance defence» incitera les entreprises à prévenir plus efficacement la commission de violations du droit des cartels en leur sein.
- La motion Français (18.4282) nécessite d'être mise en œuvre efficacement, ce que seule garantira une révision d'envergure.
- Enfin, dans le processus de révision du droit des cartels, il convient de garder également bien en vue les avancées technologiques, notamment les progrès de la numérisation.

Vers un droit des cartels moderne

→ Depuis son adoption en 1962, la loi sur les cartels a régulièrement connu de profonds changements.

La loi sur les cartels en mutation

La première loi suisse sur les cartels (LCart) a été édictée en 1962 aux fins de poursuivre le but constitutionnel de prévenir les effets nuisibles des cartels sur les plans social et économique. À l'époque, l'action de la Commission des cartels compétente se limitait à appliquer la méthode dite du «solde» selon laquelle une entrave à la concurrence n'était jugée nuisible que si la mise en balance de ses avantages et de ses inconvénients – y compris au regard d'aspects non économiques – présentait un solde négatif. Aussi la valeur attachée à la concurrence était-elle fortement relativisée dans la pratique ^[1].

En 1995, la révision du droit de la concurrence a représenté un tournant décisif. La méthode du «solde» a été abandonnée. Désormais, l'objectif assigné à la loi consistera – et c'est toujours le cas aujourd'hui – dans la protection d'une concurrence efficace. Parallèlement, un changement institutionnel a été introduit en ce que le pouvoir décisionnel, et avec lui l'application de la loi, a été transféré du Département fédéral de l'économie (DFE, aujourd'hui DEFR) à la Commission de la concurrence (Comco). En 2003, les instruments en mains de la Comco et de son secrétariat pour faire appliquer la loi ont été renforcés: grâce à l'introduction de sanctions directes, il est devenu possible de punir des entraves graves à la concurrence dès leur constatation et non pas seulement après leur réitération.

→ La révision de 2014 a échoué au Parlement sous les coups portés par une alliance interpartis composée de représentants de l'UDC, du PBD, des Verts et de la gauche proche des syndicats.

Échec de la révision de 2014

Le Conseil fédéral a approuvé en février 2012 le message relatif à la révision de la loi sur les cartels. Celui-ci comportait six éléments:

- le renforcement du volet civil du droit des cartels;
- l'instauration de programmes de compliance visant une réduction des sanctions;
- l'amélioration de la procédure d'opposition;
- l'introduction du test SIEC;
- la réforme institutionnelle et
- l'interdiction partielle des cartels (= interdiction des cartels dits durs).

Ce furent en particulier la réforme institutionnelle ainsi que l'interdiction partielle des cartels qui ont provoqué le naufrage politique de la révision envisagée. Le second vote du Conseil national en date du 17 septembre 2014 refusant d'entrer en matière sur le projet a sonné le glas de ce dernier. Le coup de grâce a été donné par une alliance interpartis composée de représentants de l'UDC, du PBD, des Verts et de la gauche proche des syndicats. Les arguments invoqués à l'appui de cette décision étaient parfois très terre à terre, tel le fait que le temps d'une révision n'était pas encore venu ou que la composition de la Comco avait changé ^[2].

Le nouveau projet de révision

En 2020, le Conseil fédéral a lancé une nouvelle tentative de révision partielle de la loi sur les cartels. Le DEFR a été chargé en février 2020 d'élaborer un projet destiné à être mis en consultation.

Les objectifs de la nouvelle révision de la
→ LCart ne sont pas assez ambitieux.

La révision telle que la conçoit le Conseil fédéral

Après l'échec au Parlement de la révision de la LCart en 2014, la Confédération semble vouloir désormais réduire le remaniement envisagé à la portion congrue et se concentrer sur quelques points peu controversés. Selon le Conseil fédéral, ces derniers sont les suivants [3] :

- **Modernisation du contrôle des fusions**
Un remplacement du critère actuel de position dominante sur le marché par le test SIEC («significant impediment to effective competition») est nécessaire. La mesure aurait pour effet d'harmoniser le standard appliqué par la Comco avec les expériences réalisées à l'échelon international. Introduire le test SIEC abaisserait le seuil des entraves prohibées. Autrement dit, l'interdiction d'une fusion ou sa soumission à certaines conditions serait déjà concevable en présence d'un risque d'entrave sérieuse à la concurrence.
- **Mise en œuvre de la motion Fournier (16.4094)**
Le 5 mars 2018, le Parlement a renvoyé certaines parties de la motion Fournier au Conseil fédéral pour mise en œuvre. Cette intervention parlementaire devra trouver sa concrétisation dans le cadre de la révision à venir. Ainsi, avec sa mise en œuvre, les procédures devant les tribunaux devraient être simplifiées et s'accélérer de par l'introduction de nouveaux délais dans la législation. En outre, il convient que les parties touchent une indemnité pour leurs frais (désormais aussi pour les procédures ouvertes devant la Comco).
- **Amélioration de la procédure d'opposition**
Jusqu'ici, les documents diffusés officiellement à propos de la révision actuelle n'ont donné aucune information sur le contenu du réaménagement de la procédure d'opposition. Lors de la tentative de révision de 2014, le débat a porté sur l'abaissement de cinq à deux mois du délai d'opposition, et sur la possibilité d'infliger des sanctions aux entreprises à compter seulement de l'ouverture d'une instruction et non pas dès le début de l'enquête préalable.
- **Renforcement du volet civil du droit des cartels**
Si l'on se réfère aux efforts de révision entrepris en 2014, il faut s'attendre à un élargissement des possibilités d'intenter des actions civiles (en particulier pour les consommateurs) et à une prise en considération plus importante des réparations civiles dans l'évaluation des sanctions.

economiesuisse demande des résultats
→ rapides et plaide en faveur d'une
intégration d'autres volets dans le projet
de révision.

La révision sous l'angle de l'économie

Afin de faire la lumière sur les besoins de l'économie, economiesuisse a constitué à l'automne 2020 un groupe de travail ad hoc. Les discussions survenues jusqu'ici au sein de ce cercle au large ancrage ainsi que d'autres réflexions ont mis en évidence que l'économie souhaite une révision plus ambitieuse. Les points à remanier selon le

Conseil fédéral ne correspondent pas aux attentes de l'économie qui aspire à une législation moderne en matière de concurrence. Seules ont été expressément saluées la prise en considération des réparations fondées sur le droit civil dans le calcul des sanctions ainsi que l'amélioration de la procédure d'opposition. Pour tous les autres points à réviser selon le Conseil fédéral, on ne discerne aucun besoin impérieux d'agir. Aussi convient-il d'attendre les résultats de la procédure de consultation et, partant, de connaître les contenus concrets de la réglementation proposée avant d'entamer une discussion sur celle-ci. Toutefois, on peut d'ores et déjà affirmer qu'en principe la révision prévue ne portera que sur des aspects mineurs de la loi, car les sujets qui devraient y être abordés d'urgence en sont exclus.

Dans le cadre de la révision qui s'annonce, les points spécifiques mentionnés ci-après mériteraient d'être traités si l'on veut remédier aux lacunes dont souffre le droit actuel des cartels du point de vue économique.

Une loi sur les cartels utile à l'économie

Un besoin de révision dans plusieurs domaines

Le but assigné au groupe de travail Révision de la loi sur les cartels institué par l'économie suisse était le suivant: concevoir un projet législatif qui prenne en compte les intérêts de l'économie dans son ensemble. Après des échanges approfondis sur les divers besoins et sur les lacunes actuelles du droit cartellaire, l'économie suisse a identifié au fil des travaux les points suivants à réviser.

→ **Au vu des exigences toujours plus fortes que doivent satisfaire les autorités de la concurrence, une réforme institutionnelle devient inéluctable.**

La réforme institutionnelle

Les lacunes de la réglementation actuelle

Depuis l'entrée en vigueur de la première loi sur les cartels en 1964, le droit suisse de la concurrence a dû faire face à des changements profonds. Or entre-temps les structures institutionnelles n'ont pas évolué, mises à part quelques rares adaptations. Il faudra patienter jusqu'à la révision de 2003 pour que des attentes accrues placées dans les autorités de la concurrence se fassent jour: l'introduction de sanctions directes et d'un programme de clémence a conduit à un élargissement de l'éventail des instruments et, parallèlement, à une complexification des entraves. En particulier, à la suite de la compétence accordée à la Comco d'infliger des amendes administratives pouvant atteindre des millions de francs, les voix exigeant un réaménagement structurel de l'autorité de la concurrence se sont multipliées au nom des arguments suivants:

Manque d'indépendance

La Comco dépend du DEFR sur le plan administratif. Il est indispensable de sauvegarder son indépendance à l'égard de l'administration fédérale. Dès lors, la commission jouit en principe d'une large autonomie, et son activité ne fait l'objet d'aucune surveillance tant du point de vue professionnel que du contenu de son travail [4].

Malgré cette indépendance juridique formelle, la loi sur les cartels contient des règles en matière de compétences permettant aux autorités fédérales d'exercer une influence (politique) [5]. Ainsi, le Conseil fédéral peut, à la demande des parties concernées, revoir des décisions des autorités de la concurrence et déclarer licites à titre exceptionnel des restrictions à la concurrence, cela au nom d'intérêts publics prépondérants.

Il existe d'autres liens de dépendance encore à l'égard du DEFR découlant de la procédure de recours. La Comco n'est pas autorisée à recourir contre des décisions du Tribunal administratif fédéral, cette compétence appartenant exclusivement au DEFR. En outre, la Comco ne dispose d'aucune souveraineté budgétaire. Les moyens mis à sa disposition sont fixés par le Conseil fédéral et le Parlement, et leur gestion est l'affaire du DEFR [6]. Enfin, il existe encore un autre élément propre à compromettre l'indépendance de la Comco face à l'administration fédérale: la fixation des ressources en personnel et en matériel des autorités de la concurrence

repose sur la volonté politique des autorités administratives.

De même, les rapports entre la Comco et son secrétariat se caractérisent par des liens de dépendance. Il n'existe pas de séparation claire entre l'échelon de l'instruction et celui des décisions. Or les incohérences affectant la répartition des tâches ont déjà leurs sources dans la loi sur les cartels. Ainsi, formellement, le secrétariat n'est habilité à ouvrir d'enquête qu'avec l'accord d'un membre de la présidence de la Comco. De plus, la commission étant libre d'ordonner des auditions et de charger le secrétariat de mesures d'instruction supplémentaires, l'indépendance de ce dernier n'est pas garantie en tant qu'autorité d'instruction. En sens inverse, le secrétariat exerce une influence très importante sur les processus décisionnels de la Comco. Disposant de collaborateurs à plein temps, le secrétariat peut s'appuyer sur de vastes compétences juridiques et économiques spécialisées, tandis que la Comco fonctionne comme une autorité de milice. Dès lors, pour des raisons structurelles, force est de constater l'existence d'un fossé en matière de connaissances et de pouvoir entre la Comco et son secrétariat, cette réalité étant propre à engendrer des liens de dépendance mutuels. Certes, la Comco rend ses verdicts à huis clos, mais les représentants du secrétariat, qui participent à ses séances, sont susceptibles d'influencer considérablement les décisions du fait des connaissances plus étendues que leur garantit leur familiarité avec les dossiers. En particulier, cet accès privilégié du secrétariat à la commission suscite des critiques acerbes de la part de l'économie. Incontestablement, on ne saurait exclure que les positions défendues par les parties impliquées, au niveau des faits comme à celui du droit, parviennent aux oreilles de la Comco par des voies que le secrétariat aurait lui-même tracées.

Respect défaillant des principes de l'État de droit

Pour une pure autorité de milice telle que la Comco, la complexité croissante des dossiers représente un défi toujours plus grand à relever^[7]. Or cette réalité va de pair avec des faiblesses s'agissant du respect des principes de l'État de droit qui sont en soi critiquables.

Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'AELE sont parvenues à la conclusion que le modèle d'autorité de la concurrence tel que celui en vigueur en Suisse ne porte pas atteinte aux principes de l'État de droit formellement parlant^[8]. En revanche l'absence de décisions phares dans maints domaines est un facteur potentiel d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les entreprises. Le secrétariat recherche en effet souvent des solutions consensuelles, ce qui nuit à l'avènement d'une pratique jurisprudentielle cohérente^[9]. Par ailleurs, du fait des sommes et des ressources importantes qu'oblige à mobiliser l'utilisation des voies de recours, les parties tendent à ne franchir ce pas que lorsque la sanction infligée dépasse les frais probables d'avocat et de procédure. En particulier, les PME sont portées à y renoncer faute de moyens financiers.

Améliorations envisagées débattues jusqu'ici

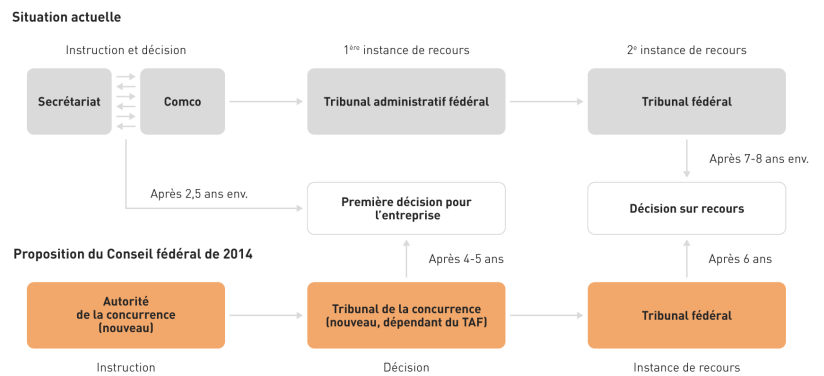
Dans les cercles politiques et économiques, divers modèles censés prendre en compte les critiques rapportées plus haut ont déjà été discutés. Ainsi, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels entreprise en 2014, une réorganisation des

autorités de la concurrence a fait l'objet de débats. Cette réforme institutionnelle prévoyait un transfert du secrétariat actuel de la Comco à une autorité juridiquement indépendante de l'administration fédérale, tandis que la Comco actuelle aurait été élevée au rang de tribunal de la concurrence de première instance. La mesure devait garantir une séparation claire entre le niveau de l'enquête et celui de la décision, l'autorité de la concurrence assurant le premier volet tandis que le tribunal de la concurrence aurait eu pour mission de rendre un verdict et d'infliger, le cas échéant, des sanctions. Conduisant à une réduction du nombre actuel des instances de quatre (secrétariat chargé de l'instruction, Comco en tant qu'organisme décisionnel, Tribunal fédéral administratif et Tribunal fédéral) à trois (autorité de la concurrence chargée de l'instruction, tribunal de la concurrence chargé de la décision et Tribunal fédéral), cette solution aurait eu également le mérite de raccourcir les délais [10].

→ **Figure 1: Réorganisation institutionnelle prévue par le projet de révision du Conseil fédéral de 2014**

Réorganisation institutionnelle

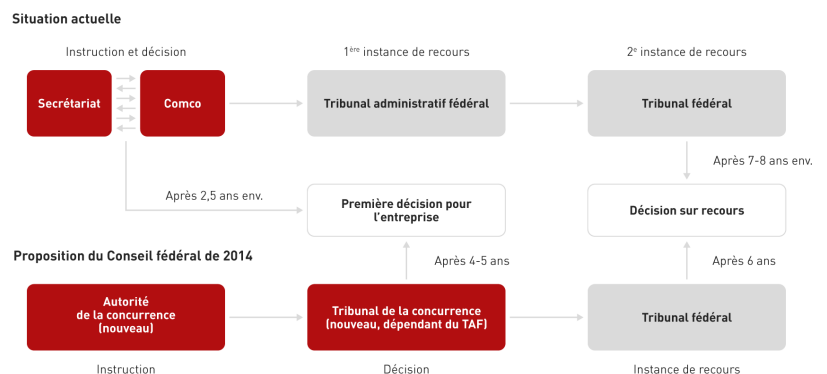
► Situation actuelle et projet du Conseil fédéral de 2014



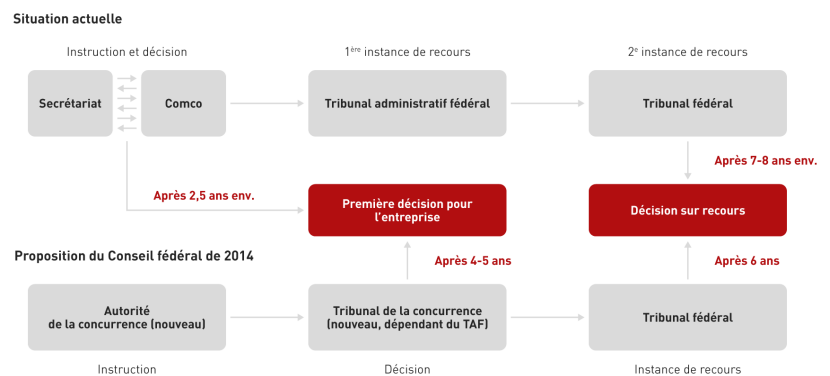
Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

Au travers de cette réforme institutionnelle, le Conseil fédéral ambitionnait de répondre aux principales critiques adressées au système existant, ...

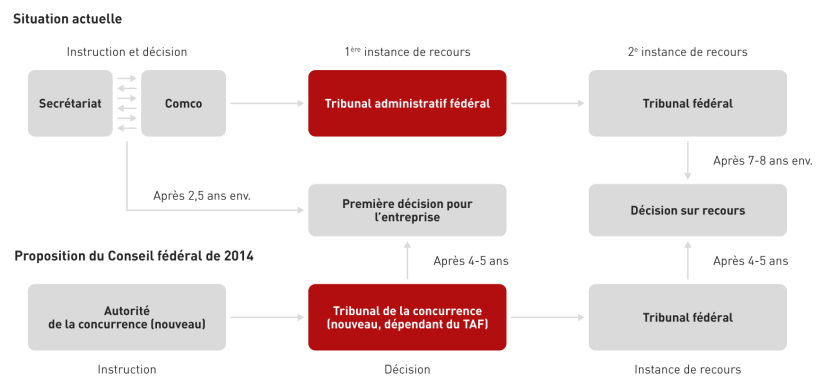
...en instaurant une indépendance institutionnelle via une séparation entre instruction et prise de décision:



... en instituant un tribunal de la concurrence spécialisé et professionnalisé:



... ainsi qu'en favorisant une accélération de la procédure:



En 2014, la proposition rappelée ci-dessus n'a pas emporté la conviction du Parlement. Certes, la nécessité d'une réforme institutionnelle n'a pas été contestée sur le principe, mais un doute a subsisté sur la question de savoir dans quelle mesure le nouveau régime proposé aurait débouché de facto sur un raccourcissement des délais. Voilà pourquoi la révision a échoué en 2014 devant les Chambres quand bien même la nécessité d'agir faisait fondamentalement consensus. Ce précédent ne saurait toutefois inciter à renoncer à une révision de plus grande envergure. Tant s'en faut. Il s'agit maintenant de réunir une majorité politique autour d'une réforme orientée vers l'avenir et répondant aux besoins d'une économie moderne.

→ **Les compétences en matière d'enquête et le pouvoir décisionnel doivent être mieux séparés. Parallèlement, l'indépendance de l'autorité de la concurrence est à préserver.**

Ce que demande l'économie

Du côté de l'économie, c'est en des termes plus clairs que jamais qu'est exprimée l'aspiration à une réforme institutionnelle constructive prévoyant une séparation nette entre le niveau de l'instruction et celui de la décision. Car l'efficacité d'une autorité de la concurrence se mesure en particulier à l'étendue de son indépendance juridique et concrète. La faisabilité d'une telle répartition des

tâches entre la Comco et son secrétariat demeure un point ouvert. Cela dit, elle serait incontestablement préférable au modèle organisationnel en vigueur.

Sur la base des éléments clés de la réforme institutionnelle décrite ci-dessus qui a échoué en 2014, les milieux économiques estiment qu'il conviendrait de viser une réorganisation axée sur les principes suivants:

- **Renforcer l'indépendance institutionnelle:** Une séparation systématique entre le niveau de l'instruction et celui de la décision doit servir de point de départ au travail de réforme.
- **Éliminer des problèmes de conformité aux principes de l'État de droit:** Il s'agit de mettre fin aux insuffisances évoquées s'agissant du respect des principes de l'État de droit.
- **Instaurer des rapports équilibrés entre science économique et science juridique:** L'appréciation d'états de fait au regard du droit des cartels exige un équilibre entre savoir économique et savoir juridique. C'est pourquoi, lors de la composition des équipes, il faudra veiller à faire appel à des personnes aux compétences adéquates, aussi bien au niveau de l'organisme d'instruction que celui en charge de la procédure de décision.
- **Réduire la durée des procédures:** Il conviendrait qu'au cœur des efforts de réforme figure également la question de l'accélération des procédures au double échelon de la Comco et des tribunaux. À des fins de sécurité juridique, la première décision devrait tomber dans les douze mois à compter de la clôture de l'enquête.

Amélioration de la procédure d'opposition

La procédure d'opposition prévue par le droit des cartels offre aux entreprises la possibilité de notifier au préalable à l'autorité de la concurrence tout comportement envisagé et susceptible d'être qualifié d'entrave illicite à la concurrence. Dans de tels cas de figure et en vertu de la législation actuelle, il n'y a pas de sanction administrative prévue, à moins que les autorités n'engagent une procédure contre l'entreprise concernée dans un délai de cinq mois. L'objectif de la procédure d'opposition est de fournir aux entreprises, dans un délai raisonnable, une évaluation des comportements qui pourraient potentiellement être de nature à les exposer à une sanction.

→ **La nécessité de réviser la procédure d'opposition est incontestée – celle-ci offrant trop peu de sécurité juridique aux entreprises.**

Lacunes de la réglementation actuelle

La procédure d'opposition sous sa forme actuelle suscite de vives critiques. La solution en vigueur n'offre guère de sécurité aux entreprises aspirant à étendre leurs activités à de nouveaux domaines et à promouvoir l'innovation^[11]. La nécessité d'une révision n'est donc pas contestée. On dénonce notamment le délai d'opposition de cinq mois prévu par la loi, lequel est trop long pour des marchés dynamiques. Si les entreprises souhaitent éviter tout risque de sanction, elles devront soit renoncer à concrétiser leurs projets soit en décider la suspension dès l'ouverture d'une procédure. Faute de passage à l'acte, l'impact sur le marché des comportements concernés restera inconnu et conduira à une impasse. En effet, en raison des risques

de placement, les entreprises auront tendance à abandonner des initiatives (éventuellement exposées à une sanction ultérieure), tandis que, de leur côté, les autorités se trouveront dans l'impossibilité de procéder à leur propre évaluation dans la mesure où, faute de concrétisation, aucune répercussion sur le marché n'aura pu être mesurée. Il en résulte que le véritable but visé au travers de la procédure d'opposition, en l'occurrence garantir aux entreprises une plus forte sécurité juridique, est difficilement réalisable. En outre, le système actuel recèle le danger de dissuader des entreprises d'adopter des comportements économiquement intelligents et ne prêtant pas à contestation du point de vue du droit des cartels.

Améliorations possibles déjà débattues jusqu'ici

Pour améliorer la procédure d'opposition, les propositions du Conseil fédéral énoncées en 2014 ne conviennent pas.

Ni la réduction du délai de cinq à deux mois proposée à l'époque ni le risque de sanction ultérieure ne contribueraient à améliorer la procédure d'opposition.

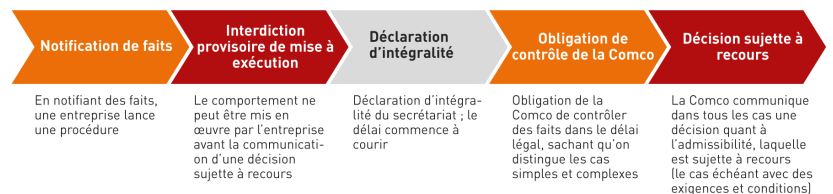
Selon le message du Conseil fédéral publié à l'époque, le raccourcissement du délai d'opposition aurait dû immédiatement accroître la sécurité juridique pour les entreprises. En cas de projets considérés de toute évidence inattaquables par l'autorité de la concurrence ou ne constituant pas à ses yeux un état de fait directement punissable, les entreprises concernées auraient ainsi – dans un délai de deux mois – déjà la certitude que leur mise en œuvre ne les exposerait pas à des sanctions ^[12]. Or les entreprises pourraient être incitées à n'annoncer que les projets impliquant par nature une limitation de la concurrence potentiellement répréhensibles ^[13]. Comme on a affaire ici la plupart du temps à des situations (relativement) complexes qui ne sauraient être évaluées de manière exhaustive dans le court délai de deux mois prévu, il est permis de présumer que, sous la pression du temps, l'autorité serait amenée de plus en plus à se lancer dans des investigations préalables ou des recherches formelles afin de prolonger ainsi la durée impartie pour vérifier les signalements. La même remarque vaut pour la deuxième modification proposée et censée réduire les risques de placement en reportant à plus tard la menace de sanction. Ce changement aussi semble ignorer des aspects économiques essentiels. Le fait qu'une sanction requiert l'ouverture d'une enquête formelle (les investigations préalables ne suffisent pas à cet égard) ne peut qu'entraîner une prolongation de la durée de l'incertitude.

→ **Le but visé est un renforcement de la sécurité et de la protection juridique, parallèlement à une diminution du risque de placement.**

Ce que demande l'économie

Des améliorations apportées à la procédure d'opposition doivent impérativement déboucher également sur un renforcement de la sécurité juridique et de la protection juridique. La procédure de notification – prévue par la loi – sur le contrôle des fusions, à des fins d'examen de leur légalité, pourrait servir utilement de modèle pour une adaptation réussie de la procédure d'opposition. Elle prévoit une obligation de contrôle incombant à l'autorité et, parallèlement, une interdiction provisoire de mise à exécution. La décision portant sur la licéité est prise en tout état de cause sous la forme d'un prononcé susceptible d'être attaqué et assorti de conditions. S'agissant du délai, il serait envisageable d'établir un *distinguo* entre les cas simples et ceux qui sont complexes, toutefois en prévoyant pour les seconds une durée maximale de traitement du dossier de quatre mois par exemple. Semblable procédure assurerait non seulement une sécurité juridique accrue pour les entreprises, mais encore leur offrirait la possibilité de soumettre la décision arrêtée par l'autorité à un réexamen via un recours.

La procédure d'opposition telle que la conçoit l'économie



Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

→ Les entreprises déplorent un manque de transparence et de sécurité juridique s'agissant du calcul de la sanction.

Introduction de programmes de compliance destinés à alléger les sanctions Lacunes de la réglementation actuelle

En cas de constat d'entraves illicites à la concurrence, les entreprises sont exposées à une amende pouvant atteindre jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois exercices précédents. C'est dans ce cadre très large qu'est effectué le calcul concret de la sanction infligée, laquelle représentera, au gré des circonstances, une charge financière substantielle. Dès lors, les entreprises redoublent d'efforts pour prévenir toute entrave à la concurrence au moyen de mesures organisationnelles (dites mesures de «compliance» ou de conformité interne). Jusqu'ici, aucune disposition légale n'a été adoptée qui obligerait les autorités de la concurrence à tenir compte d'initiatives de ce genre dans la perspective d'un allègement de la sanction. Or une mise en œuvre efficace du droit des cartels inclut non seulement la répression mais également, en toute logique, la prévention. Aussi conviendrait-il que les autorités de la concurrence encouragent les entreprises à prendre des mesures préventives et que celles-ci puissent être prises en considération de manière adéquate dans le calcul de la sanction. Donner trop de poids à la dimension répressive conduit à des interventions excessives de l'État qui seraient pourtant évitables. Ces dernières poussent les entreprises à se comporter de manière exagérément prudente, avec tous les effets économiques négatifs que cela peut entraîner («business chilling»).

Améliorations envisagées qui ont été discutées jusqu'à présent

Selon le projet gouvernemental de 2014, une réduction du montant de la sanction n'est prévue qu'en présence de programmes de compliance contribuant efficacement à la mise en œuvre du droit des cartels. La question de savoir si ces conditions sont remplies est laissée à l'appréciation de l'autorité de la concurrence et des tribunaux^[14].

Ces organismes fixent aussi l'étendue de la réduction de la sanction dans les cas concrets. Il y a lieu de viser un allègement équilibré qui constitue une incitation supplémentaire à prévenir des violations du droit des cartels. À l'inverse, des diminutions excessives des sanctions sont à éviter, car cela pousserait les entreprises à se doter de programmes aux seules fins de fournir des preuves adéquates qui leur permettraient d'échapper à une sanction^[15].

→ Les programmes de compliance incitent les entreprises à prendre des mesures préventives contre des violations du droit des cartels. Des standards minimaux concrets en la matière contribueraient grandement à renforcer la sécurité juridique.

Ce que demande l'économie

L'introduction de programmes de compliance ayant pour effet d'alléger les sanctions constitue une étape importante et un signal positif. Les milieux économiques saluent une telle démarche. Ce faisant, la Suisse s'inscrirait également dans une tendance observée à l'échelon international. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur, le 19 janvier 2021, du 10^e amendement de la GWB^[16], la législation allemande reconnaît que de telles mesures sont susceptibles d'être retenues dans des procédures de sanction pécuniaire. En adoptant ce nouveau

régime réglementaire, l'Allemagne s'est conformée au changement récent intervenu dans la jurisprudence du Département américain de la justice (DOJ). Durant l'été 2019, ce dernier a également abandonné expressément sa position jusqu'alors négative à l'égard de la prise en compte des programmes de conformité aux règles antitrust ^[17].

Les programmes de compliance propres à alléger les sanctions, reposent sur le principe de la responsabilité pour faute. Ils doivent inciter les entreprises à se prémunir contre des violations du droit des cartels. Selon la proposition du Conseil fédéral, elles ne peuvent espérer bénéficier d'un allègement de la sanction encourue que si elles sont à même de prouver s'être dotées d'un programme de compliance efficace et adapté. Dans ce contexte, la question se pose inéluctablement, de savoir quelles exigences concrètes doivent satisfaire les mesures concernées. Les considérations figurant dans le message publié en 2012 ne fournissent pas de critères clairs en matière de compliance. Même si la conception de mesures efficaces dépendra sans aucun doute des caractéristiques individuelles d'une entreprise, certaines exigences minimales concrètes seraient souhaitables, voire nécessaires, dans un souci de sécurité juridique. Sur ce dernier point, il existe, à l'étranger, des exemples probants de la manière dont cette sécurité juridique peut être atteinte.

→ **L'illicéité d'accords en matière de concurrence doit être contrôlée sur la base de critères clairs.**

Mise en œuvre de la motion Français (18.4282)

La motion réclame que l'on précise à l'art. 5 LCart les critères quantitatifs et qualitatifs permettant d'évaluer la notabilité des restrictions à la concurrence résultant d'un accord. La motion est à interpréter comme une réaction à l'arrêt Gaba du Tribunal fédéral (ATF 143 II 297). Dans sa décision de principe du 28 juin 2016 Gaba/Elmex, le Tribunal fédéral (TF) avait répondu à des questions controversées. À propos des accords au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, le TF avait affirmé que ceux-ci étaient illicites parce que portant par nature («per se») une atteinte notable à la concurrence. Autrement dit, de tels accords ne sauraient être licites que si des motifs d'efficacité économique les justifiant sont établis. Or les conditions émises pour établir cette preuve sont strictes et rarement réunies.

Le caractère d'illicéité notable «per se» de certains accords affirmé par l'arrêt Gaba a engendré une insécurité juridique pour les entreprises. Préciser à l'art. 5 LCart les critères sur la base desquels un accord est à considérer comme licite permettrait de mettre fin à une présomption automatique de violation du droit des cartels et, partant, de remédier à l'insécurité juridique existante.

Afin de garantir une mise en œuvre rigoureuse du contenu de la motion Français, il serait judicieux de le faire dans le cadre de la révision actuelle de la LCart.

→ **La numérisation croissante met le droit des cartels au défi.**

Numérisation

Points d'ancrage pour une réglementation

La numérisation est un thème transversal qui concerne pratiquement tous les domaines de l'économie. Les marchés sont en conséquence, fortement influencés

par le développement numérique. Les nouveaux modèles d'entreprise qui en découlent et les biens et services innovants qui les accompagnent posent de nouveaux défis tant pour la politique de concurrence que pour les autorités antitrust.

Dans ce contexte, il convient de soumettre à un examen approfondi les instruments actuels du droit de la concurrence développés pour les marchés classiques. Lors de cet exercice, on prêtera une attention particulière aux sujets ci-après.

- **Critères de la position dominante pour les marchés numériques bifaces:**

L'existence d'une position dominante s'apprécie également sur les marchés libres et bifaces, selon que l'entreprise en question dispose d'une liberté de comportement qui échappe à un contrôle suffisant au travers de la concurrence. Dans le contexte des marchés bifaces, la détermination de la position dominante est soumise à un certain nombre de caractéristiques particulières. Celles-ci sont pour l'heure insuffisamment reflétées par les critères classiques de position dominante sur le marché. En conséquence, les critères utilisés devraient être adaptés à l'économie numérique. Selon les conclusions scientifiques, les effets de réseau et les économies d'échelle ont tendance à favoriser la concentration, tandis que la présence du multi-homing est qualifiée de réductrice de concentration. Selon les conclusions des scientifiques, les effets de réseau et les économies d'échelle exacerberaient la concentration tandis que le multi-homing contribuerait à l'atténuer ^[18]. En revanche, le concept de parts de marché perd de sa pertinence en raison du fort dynamisme (de l'innovation) intrinsèque à l'économie numérique ^[19].

- **Collusion algorithmique:** Le droit de la concurrence helvétique ne prévoit pas de normes particulières traitant explicitement de la problématique du recours à des algorithmes. La question se pose dès lors de savoir si les réglementations existantes de la législation sur les cartels suffisent pour contrer ce phénomène nouveau. Les algorithmes deviennent un sujet pertinent de droit des cartels lorsqu'ils sont utilisés pour coordonner des paramètres de concurrence avec d'autres entreprises. Dans ce contexte notamment, la coordination de comportements reposant sur des algorithmes et, partant, exclusivement sur l'intelligence artificielle de machines pose un problème. Il s'agit d'évaluer s'il y a lieu d'élargir dans la loi les états de fait reconnus actuellement comme relevant du droit des cartels ou si une «interprétation numérique» du concept d'accord suffirait ^[20].

- **Accès aux données:** Les données sont réputées être l'intrant clé dans de nombreux processus de création de valeur ^[21]. Le traitement des données (d'utilisateurs) permet aux entreprises d'optimiser la qualité de leurs services, de pénétrer d'autres secteurs commerciaux, de placer des publicités ciblées ou encore de différencier les prix. Dès lors, il est évident que le contrôle de certaines données (ou d'ensembles de données) doit être pris en considération dans l'évaluation de la position dominante d'une entreprise donnée ^[22]. De même, en tant que paramètres de concurrence s'inscrivant dans un contexte d'accords, les données peuvent jouer un rôle décisif lors de l'évaluation de la notabilité d'entraves à la concurrence.

L'économie doit sensibiliser le monde
→ politique aux défis lancés par la
numérisation.

Prochaines étapes

Les progrès de la numérisation mettent au défi le droit de la concurrence. Même si la loi actuelle offre quelques points d'ancrage pour une régulation, les concepts en la matière ne sont pas encore suffisamment mûrs pour formuler des normes concrètes

dans le cadre de la prochaine révision de la loi sur les cartels. Malgré cela, ou précisément à cause de cela, economiesuisse entend suivre de près le sujet, notamment les évolutions internationales sur ce thème, afin d'en tirer de solides conclusions en vue des modifications législatives à venir. Compte tenu de la forte dynamique des marchés numériques et des risques entrepreneuriaux qui y sont liés, mais aussi des opportunités, il est indispensable, en termes de sécurité juridique, de mettre en place le plus rapidement possible des conditions-cadre à la fois fiables et adaptées à notre époque. Dans ce contexte, il est également important de sensibiliser les politiciens aux sujets susmentionnés à un stade précoce et de créer une prise de conscience des défis numériques.

Conclusion: profiter de la révision de la loi sur les cartels pour améliorer l'État de droit et la sécurité juridique

→ L'économie attend du Conseil fédéral qu'il aborde la future révision de la LCart avec plus de courage.

Dans le contexte de la prochaine révision de la loi sur les cartels, le Conseil fédéral reprend certaines préoccupations importantes dans le cadre de ses travaux, notamment celle de l'amélioration de la procédure d'opposition. Toutefois, aux yeux de l'économie, les points à réviser tels qu'annoncés ne suffisent pas, d'un point de vue économique, à combler le retard de la réforme du droit des cartels. L'économie attend dès lors de cette prochaine révision de la loi sur les cartels une démarche plus courageuse de la part de la Confédération et du monde politique. Ainsi, il conviendra également d'aborder à nouveau des thèmes qui ont suscité la controverse lors de la dernière tentative de révision. Les raisons de leur rejet par le Parlement seront à analyser avec la participation de tous les acteurs intéressés, et il conviendra, si nécessaire, d'élaborer de nouvelles propositions qui tiennent compte des préoccupations économiques tout en s'assurant de la faisabilité de rallier une majorité politique.

→ Il n'existe pas d'économie libérale sans concurrence efficace.

Une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence est la condition sine qua non d'une politique réglementaire crédible. Economiesuisse s'engage en faveur d'une concurrence efficace tout en combattant le cloisonnement du marché et les distorsions de concurrence provoquées par des interventions étatiques. C'est dans ce contexte, et, à la lumière des éléments développés dans le présent dossierpolitique, que devrait s'inscrire la modernisation du droit des cartels.

1. JENS LEHNE, dans: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, N 13 zu Art. 1 KG
2. Cf. à ce propos: Aus für das neue Kartellgesetz, St. Galler Tagblatt du 17 septembre 2014 sous <https://www.tagblatt.ch/schweiz/aus-fuer-das-neue-kartellgesetz-ld.926498>
3. Cf. communiqué du Conseil fédéral du 12 février 2020 sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78074.html>
4. VINCENT MARTENET, dans: Commentaire Romand. Droit de la concurrence, Bâle 2012, N 14 zu Art. 19 KG; SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, dans: Kommentar. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zurich/Saint-Gall 2018, N 6 zu Art. 19 KG
5. Pour plus de détails à ce propos, cf. SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, Fn. 5, N 9 zu Art. 19 KG
6. SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, Fn. 5, N 10 zu Art. 19 KG
7. Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012, pp. 3631 ss., p. 3647 s.
8. Cf. ATF 139 I 72 cons. 4 p. 80 s.
9. CARL BAUDENBACHER, Evaluation Kartellgesetz – Institutionelles Setting/Vertikale Abreden/Sanktionierung von Einzelpersonen/Zivilrechtliche Verfahren, Berne 2009, 23 s.
10. FF 2012, p. 3649
11. Rapport explicatif relatif à la modification de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart], p. 9
12. FF 2012, p. 3709 s.
13. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, dans: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, N 204 zu Art. 49a
14. FF 2012, p. 3657 s.
15. FF 2012, p. 3657 s.
16. La GWB [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen] contient les dispositions fondamentales de la législation allemande régissant les cartels et la concurrence.
17. Cf. U.S. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, juin 2020, <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>
18. Cf. à ce propos DAVID EVANS/RICHARD SCHMALENSEE, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 2007, p. 151 ss., 164
19. Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Juni 2015, Rz. 56
20. Pour plus de détails à ce propos, cf. ANDREAS HEINEMANN, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2019, p. 18 ss.
21. Le potentiel économique recelé par des données peut être illustré notamment à l'aide des chiffres d'affaires de Facebook: ainsi, 95% des recettes brutes sont tirées de la vente d'emplacements publicitaires ciblés; cf. LISA POLLACK, What ist the price of your personal digital dataset?, «Financial Times» du 10 mai 2016
22. ANDREAS HEINEMANN, Big Data im Kartellrecht, dans: Markus Notter et al. (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, p. 311 ss., p. 312 s.; HEIKE SCHWEITZER et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, p. 128 s.